

N.F. Nº - 206906.0039/22-0
NOTIFICADO - FEIRAFORT POÇOS LTDA.
NOTIFICANTE - LUIZ CARLOS GARCIA MONTEIRO DA COSTA
ORIGEM - DAT NORTE / IFEP
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 23/03/2023

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**ACÓRDÃO JJF Nº 0044-04/23NF-VD**

EMENTA: ICMS. FALTA DE RECOLHIMENTO. OPERAÇÕES INTERESTADUAIS COM MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. É nulo o lançamento que não contenha elementos suficientes para se determinar, com segurança, a infração imputada ao contribuinte, bem como lhe cerceie seu direito de defesa com fundamento no art. 18, incisos. II e IV alínea “a” do RPAF/99, aprovado pelo Decreto de nº 7.629/99. Notificação Fiscal NULA, Decisão unânime, em instância ÚNICA.

RELATÓRIO

A Notificação Fiscal em epígrafe, Trânsito de Mercadorias, lavrada em **07/06/2022**, exige da Notificada ICMS no valor histórico de R\$ 3.216,91, mais multa de 60%, no valor de R\$ 1.930,15, totalizando o montante de **R\$ 5.147,06** em decorrência do cometimento da seguinte infração:

Infração 01 – **055.034.001**: Deixou de proceder a retenção do ICMS, e o consequente recolhimento, **na qualidade de sujeito passivo por substituição**, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuinte localizados no Estado da Bahia.

Enquadramento Legal: Art. 10 da Lei nº 7.014/96 c/c cláusulas primeira, terceira e quarta dos Protocolos ICMS 104/09 e 26/10. Multa prevista no art. 42, inciso II, alínea “e”, da Lei nº 7.014/96.

Na peça acusatória o **Notificante descreve os fatos que se trata de:**

“Falta de recolhimento do ICMS – Antecipação Parcial/Total, antes da entrada no território deste Estado das mercadorias constante no DANFE de nº. 5.727, procedente de outra da UF, adquirida para fins de comercialização pelo Contribuinte que se encontra na condição Descredenciado.”

Anexo aos autos, dentre outros, encontram-se **cópias dos seguintes documentos**: a Notificação Fiscal de nº **206906.0039/22-0**, devidamente assinada pelo Auditor Fiscal (fl. 01); o Demonstrativo de Débito (fl. 02); o **Termo de Ocorrência Fiscal nº 232327.1013/22-1, lavrado às 10h05min** na data de **03/06/2021** (fls. 03 e 04); o DANFE da Nota Fiscal Eletrônica (NF-e) de nº **005.727** procedente do **Estado de Alagoas** (fl. 05), emitida **na data de 02/06/2022**, pela Empresa Leão Nordeste Indústria e Comércio EIRELI EPP, que carregava as mercadorias **de NCM de nº 3917.23.00** (Tubo Revestimento Standard) e **NCM de nº 8421.21.00** (Filtro Standard) com destino à **Notificada (I.E. de nº 191.516.352)**; o Documento Auxiliar de Manifesto Eletrônico de Documentos Fiscais – DAMDFE de nº 001.286 (fl. 06); consulta aos Dados do Contribuinte com o resultado do Contribuinte Descredenciado – Motivo: por ter menos de 6 meses de atividade (fl. 07); documento da consulta de pagamento – Arrecadação, efetuado na data de **03/06/2022** com a resposta “Não foi localizado nenhum pagamento para o usuário informado” (fl. 08); os documentos do veículo e do motorista (fl. 09); **a memória de cálculo (total da Nota Fiscal valor de R\$ 22.850,00)** acrescida de MVA de 44,88% tipicamente utilizada aos produtos sujeitos ao Regime de Substituição Tributária/Antecipação Total (fl. 10).

A Notificada se insurge contra o lançamento, através de representante manifestando impugnação, onde a peça de defesa consta apensada aos autos (fls. 21 e 22), e documentação comprobatória às folhas 23 a 32, protocolizada na IFMT NORTE/COORD. ATEND na data de 19/07/2022.

Em seu arrazoado, a Notificada iniciou sua defesa no tópico “*Dos Fatos*” onde tratou que a presente notificação fora pautada pela falta de recolhimento de ICMS – Antecipação antes da entrada no território deste Estado das mercadorias constantes no DANFE de nº 5.727, procedente de outra Unidade da Federação, adquirida para comercialização pelo contribuinte que se encontra na situação de DESCREDENCIADO, porém esclarece que **a Notificação Fiscal se pautou na cobrança de Antecipação da Substituição Tributária de todas as mercadorias** constantes no DANFE, entretanto, a mercadoria “Filtro STD 6x4 Metros” de NCM de nº 8421.21.00 não consta como mercadoria sujeita à substituição tributária, dessa forma foi realizado o cálculo do ICMS Antecipação Parcial, e por esse motivo foi realizado o pagamento do ICMS em duas guias, uma da Substituição Tributária e da outra da Antecipação Parcial.

Consignou no tópico “*Preliminar*” que diante dos fatos requer de imediato a Impugnação Parcial e no tópico “*Do Mérito*” frisou que para a devida comprovação da solicitação da Impugnação Parcial anexou-se o cálculo do imposto que foi realizado (fl. 23).

Finalizou tendo em vista todo o exposto, fica demonstrado à insubsistência e improcedência da ação fiscal no que tange a parte da Notificação Fiscal, realizada de forma injusta, acredito que por algum lapso de alimentação de dados no sistema foi indevidamente lavrado. Espera-se e requer, portanto, a Impugnação Parcial deste e, que seja acolhida de imediato a presente impugnação.

Verifico não haver Informação Fiscal por força de norma publicada em 18/08/2018, referente ao Decreto de nº 18.558/18.

Em Pauta Suplementar da 2ª Junta, realizada no dia 20/09/2022, decidiu o Colegiado converter o feito em diligência para que a Notificada fosse intimada a alterar, os dados do Documento de Arrecadação Estadual – DAE constantes nos campos 01 (Código de Receita) e 04 (Referência) do DAE de nº 2117532340, **pago posterior** à instantaneidade da ação fiscal (Termo de Ocorrência Fiscal nº 232327.1013/22-1, lavrado às 10h05min na data de 03/06/2021), **na data de 07/06/2022**.

Em resposta à diligência supracitada (fl. 37) o Coordenador de Atendimento da IFMT NORTE consignou que a diligência já fora atendida anteriormente, conforme fls. 14 a 19 do PAF.

Distribuído o Processo Administrativo Fiscal - PAF para esta Junta, fiquei incumbido de apreciá-lo. Entendo como satisfatórios para formação do meu convencimento os elementos presentes nos autos, estando o PAF devidamente instruído. É o relatório.

VOTO

A Notificação Fiscal nº 232278.0922/18-3, lavrada em **07/06/2022**, exige da Notificada ICMS no valor histórico de R\$ 3.216,90, mais multa de 60%, no valor de R\$ 1.930,15, totalizando o montante de **R\$ 5.147,06**, em decorrência do cometimento da infração (055.034.001) de deixar de proceder a retenção do ICMS, **e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição**, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuinte localizados no Estado da Bahia

O enquadramento legal utilizado baseou-se no art. 10 da Lei nº 7.014/96 c/c cláusulas primeira, terceira e quarta dos Protocolos ICMS 104/09 e 26/10 **mais a multa tipificada** no art. 42, inciso II, alínea “e”, da Lei nº 7.014/96.

Em preliminar, entendo pertinente registrar que na dicção do art. 2º do RPAF/BA (Decreto de nº 7.629/99), a instauração, o preparo, a instrução, a tramitação e a decisão do processo administrativo são regidos, dentre outros princípios, o da verdade material, da legalidade, da garantia de ampla defesa e do devido processo legal.

Art. 2º Na instauração, preparo, instrução, tramitação e decisão do processo administrativo e dos procedimentos administrativos não contenciosos, atender-se-á aos princípios da oficialidade, da legalidade objetiva, da verdade material, do informalismo e da garantia de ampla defesa, sem prejuízo de outros princípios de direito.

Por sua vez, o art. 142 do CTN (Lei de nº 5.172/1966), vincula a atividade fiscal às normas estabelecidas pela legislação tributária vigente, devendo a autoridade fiscalizadora agir nos estritos termos da legislação ao efetuar o lançamento do crédito tributário.

Art. 142. Compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, assim entendido o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo caso, propor a aplicação da penalidade cabível.

Parágrafo único. A atividade administrativa de lançamento é vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional.

Destaco ainda que o art. 20 do RPAF/BA (Decreto de nº 7.629/99) expressamente determina que a nulidade seja decretada, de ofício ou a requerimento do interessado, pela autoridade competente para apreciar o ato.

Art. 20. A nulidade será decretada, de ofício ou a requerimento do interessado, pela autoridade competente para apreciar o ato.

Do exame das peças processuais, observo a existência de vício jurídico intransponível relativo à legalidade do lançamento, que é um ato vinculado, devendo a autoridade fiscalizadora agir nos estritos termos da legislação, observando o devido processo legal.

Tem-se que na peça inicial acusatória à folha 01 o Notificante imputa à Notificada o cometimento da Infração tipificada sob o código **055.034.001 o qual relaciona-se às mercadorias** enquadradas no **Regime de Substituição Tributária, não tendo sido feita a retenção** do imposto **pela Notificada** na qualidade de **sujeito passivo por substituição** relativo às operações subsequentes nas vendas realizadas para contribuinte localizado no Estado da Bahia.

Ressalta-se que não havendo Convênio nem Protocolo para a Substituição Tributária entre os Estados, **não há a obrigação de o remetente (sujeito passivo por substituição) recolher o ICMS da Substituição Tributária** para o Estado destinatário, cabendo **ao adquirente o seu recolhimento** (Antecipação Total) nos prazos estipulados em sua legislação interna.

Nesta seara, **a presente situação fática** não se subjugaria à obrigatoriedade do recolhimento pela Notificada do ICMS-ST na qualidade de sujeito passivo por substituição, e sim pela obrigatoriedade própria pela retenção e recolhimento pela inexistência de **Convênio ou Protocolo** entre os entes da Federação conforme pode-se averiguar no Anexo 1 do RICMS/BA/12 abaixo aposto, visto que não há arranjo signatário entre o Estado do fornecedor, **Alagoas (AL)**, com o do destinatário o Estado da Bahia, para as mercadorias de **NCM de nº 3917.23.00** (Tubo Revestimento Standard).

Nota: A redação atual da coluna "Acordo Interestadual/Estados signatários" do "item 8.5", referente ao Prot. ICMS 26/10, foi dada em função do Prot. ICMS 63/21, DOU de 20/12/21, que incluiu o PA nas suas disposições, com efeitos a partir de 01/07/22, nos termos do Dec. 2.401/22 do Estado do PA (RICMS/BA, Art. 289, § 16).

8.6	10.006.00	3917	Tubos, e seus acessórios (por exemplo, juntas, cotovelos, flanges, uniões), de plásticos, para uso na construção	Prot. ICMS 104/09 – BA e SP Prot. ICMS 26/10 – AP, BA, ES, MG, PA e RJ	58,05% (Aliq. 4%) 53,11% (Aliq. 7%) 44,88% (Aliq. 12%)	35%
-----	-----------	------	--	---	--	-----

Nesta situação a exigência em relação à Notificada dever-se-ia ter-se feito em relação à falta de recolhimento do ICMS referente à Antecipação Tributária Total, em aquisição interestadual de mercadoria enquadrada na legislação interna no Regime de Substituição Tributária.

Da mesma sorte, está-se em dissonância com a realidade fática o enquadramento legal, uma vez que o mesmo infere que a adoção do Regime de Substituição Tributária dependerá de acordo específico para este fim, celebrado entre a Bahia e as unidades da Federação (art. 10 da Lei de nº 7.014/96) harmonizando-o com os Protocolos ICMS de nºs 104/09 e 26/10 que tratam **da atribuição da responsabilidade ao remetente das mercadorias, na qualidade de sujeito passivo por substituição**, pela retenção e recolhimento do ICMS.

Entendo que esses vícios tornam insegura a exigência fiscal, maculando de nulidade a Notificação Fiscal, conforme disposto nos incisos II e IV, alínea "a" do art. 18, ambos do RPAF-BA/99, a seguir transcritos, haja vista que deveria o Notificante determinar com segurança, de forma clara e objetiva, **a infração cometida correlacionando-a de forma inquestionável**, com

o fato em concreto, possibilitando-se, assim, que a Notificada exercesse plenamente o seu direito de defesa.

“RPAF/BA - Decreto nº 7.629/99

Art. 18 São nulos:

(...)

II - os atos praticados e as decisões proferidas com preterição do direito de defesa;

(...)

IV - o lançamento de ofício:

a) que não contiver elementos suficientes para se determinar, com segurança, a infração e o infrator;”

De mais a mais, vale salientar o tratamento tributário dado pelo Notificante às mercadorias do DANFE da Nota Fiscal Eletrônica (NF-e) **de nº 005.727**, atribuindo a estas mercadorias o entendimento de que todas elas estariam enquadradas àquelas que têm base de cálculo do imposto acrescida de MVA, por existir previsão no RICMS-BA/12, particularmente no seu Anexo I, estabelecendo-se a exigência do débito no valor de R\$ 3.216,91, no entanto, as mercadorias de **NCM de nº 8421.21.00** (Filtro Standard) não pertencem à substituição tributária e sim estão sujeitas ao Regime de Antecipação Parcial do ICMS (art. 12-A da Lei de nº 7014/96).

De tudo exposto, voto pela NULIDADE da Notificação Fiscal.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, em instância ÚNICA, julgar **NULA** a Notificação Fiscal **nº 206906.0039/22-0**, lavrada contra **FEIRAFORT POÇOS LTDA**.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 09 de março de 2023.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE

EDUARDO DUTRA FREITAS – RELATOR

MARIA AUXILIADORA GOMES RUIZ – JULGADORA